

40

P O R

DON NICOLAS CHIRINOS ESCALANTE, HIJO, Y HEREDERO DE D. DIEGO Chirinos, y de Doña Ana Lozano difuntos, vezino de la Ciudad de Tarifa.

C O N T R A

DOñA PETRONILA DE ORTEGA, COMO MADRE, Tutora, y Curadora de ſu hijo, y de Don ~~Franciſco~~ fernando Lozano ſu marido, vezina de ~~Veger de la Frontera~~ Tarifa.

S O B R E

LA POSSESSION DE LOS BIENES, QVE POR VIA de mejora de tercio, y quinto dexò Doña Iſabel Moriano, ſegunda abuela de las partes, à Don Franciſco Lozano ſu hijo.

N. 1. TAN frequentes fueron en tiempo del Romano Imperio (Señor) los fideicommissos, qual son en nuestro Reyno oy los Mayorazgos: lo primero, nos acreditan los titulos *ff. de Legat. & Fideicommis.* 1. 2. & 3. *& C. de Fideicomm.* Lo segundo, nos convence à creer, todo el *titul.* 7. *lib.* 5. *nova Recopil.* y qual mejor Maestra la experiencia: y siendo vna, y otra Constitucion dirigida à vn mismo fin, reconozco tan en olvido à aquellos, como existentes en la memoria estos: à aquellos de antiguos los acredita su origen; à estos de nuevos los convence el mismo libro que los contiene. Cuya novedad serà quizà la que mas grata los haze en estos Reynos, por ser esta propria antigua passion à lo mas nuevo, ex Ovid. *lib.* 3. *pont.* 4.

Est quoque cunctarum novitas gratissima rerũ.

2. Este comun estilo en constituir en estos Reynos Mayorazgos, y el comun olvido de los Fideicommissos, hazen en la realidad este pleyto mas dificultoso de lo que en verdad es, queriendo regular esta sucession por las prevenidas en este Reyno à los Mayorazgos.

3. En Agosto de el año passado de 665. Doña Isabel Moriano Donçel, segunda abuela de las partes, otorgò su testamento baxo cuya disposicion muriò; y en èl haze mencion, de que à su hijo Don Francisco Lozano le avia hecho vna escriptura, en que le daba las casas principales de su morada, y dos molinos de pan moler, con todos sus peltrechos, en el termino de aquella Ciudad; y pone luego la clausula siguiente: Y

4. *Y porque he entendido ſe pueden ſeguir algunos pleytos, y diſcordias entre los demàs mis hijos, deſſeando quitarlas, y que tengan la paz, y amiſtad de que Dios Nueſtro Señor tanto ſe ſirve, que es mi principal fin; en la forma, y manera, que mas bien puedo, y aya lugar revoco, anulo, y doy por ninguna, y de ningun valor, ni efecto la dicha eſcriptura, por muchas, y juſtas cauſas, que me mueven; y vſando de la facultad que el derecho me dà, y concede para hazer mejora del tercio, y remaniente de el quinto en qualquiera de mis hijos, y nietos de todos mis bienes, atendiendo à las muchas obligaciones, que concurren en dicho mi hijo Don Franciſco Lozano y Donçel, y averme ſido obediente, y ſervido en todo lo que le he mandado con mucho afecto, y voluntad; le mejoro en el tercio, y remaniente del quinto de todos mis bienes, para que lo aya en fin de mi vida en dichas caſas, y molinos, con lo que les pertenece, por el precio, y valor en que ſe taſſaron, y apreciaron en la particion que ſe hizo por muerte de dicho Don Iuan Lozano mi marido, en que yo los huve.*

5. Y proſigue las palabras, que cauſan la dicha duda: *Señalandole, como le ſeñalo deſde aora dicha mejora en dichas caſas, y molinos, y no en otros algunos, para que en ellos la aya, y lleve para ſi, ſus hijos, y deſcendientes perpetuamente para ſiempre jamàs, de que le hago gracia, y donacion, buena, pura, mera, perfecta, è irrevocable, que el Derecho llama inter vivos, con las inſinuaciones, y renunciaciones en Derecho neceſſarias; y con prohibicion abſoluta de enagenacion en tiempo alguno de dicho Don Fran-*

Francisco, ni sus hijos, ni descendientes; porque mi voluntad es, permanezcan en ellos estas possessiones de casas, y molinos perpetuamente; y esta manda la hago sin otra calidad, ni cargo: y si yo viviere mas que èl, les hago esta mejora de tercio, y remaniente de quinto à sus hijos, y de Doña Maria de Morales su muger; y quiero, y es mi voluntad la ayan en los dichos mis bienes señalados.

6. Gozò estos bienes el referido Don Francisco abuelo de ambas partes; y el año de 688. otorga su testamento, en que declara tiene nueve hijos, y haze mencion de dicha mejora, y dize assi: *Y executando la voluntad de dicha mi madre, mando dichas casas, y molinos à Doña Ana, y Doña Inès Lozano mis hijas, por iguales partes, gozando del vsufructo dellas, con tal, que la propriedad no se separe, ni divida; y que mientras no tomaren estado administrára dichos bienes Doña Maria su muger.*

7. Dia 24. de Octubre de 691. Don Miguel Lozano, hijo mayor de dicho Don Francisco, dixo ante la justicia de Tarifa, que su abuela avia fundado Vinculo de dichas casas, y molinos en cabeça de su padre; por cuya muerte dixo, que por ministerio de la ley se le avia transferido la possession civil, y natural: pidiò se le diera la corporal real, que se le mandò dar.

8. Don Diego Chirinos padre de esta parte, como marido de Doña Ana Lozano (vna de las dos à quien Don Francisco dexò los bienes) saliò contradiziendo la possession, alegando, que este no era Mayorazgo, ni Vin-

culo, si vn fideicommisso, en el qual podian suceder dos, ò mas, y que el Don Francisco avia podido dexarlo à qualquiera de sus hijos; y aviendolo dexado à su muger, y à Doña Inès su hermana, lo debian gozar.

9. El Don Miguel alegaba, que era Vinculo, y Mayorazgo; y por ser èl el hijo primogenito de dicho Don Francisco, se le avia transferido dicha possession; en cuya vista la sentencia fue, declarar la possession à favor de dicho Don Miguel como tal hijo primogenito, de que se apelò por el Don Diego, y la Justicia diò la administracion à Don Miguel.

10. Traido el pleyto à esta Corte, se pronunciò sentencia de vista el dia 9. de Julio de 694. por la qual se revocò la de la Justicia, y se mandò, que à todos los hijos, que avian quedado de dicho Don Francisco, se les diesse la possession de estos bienes, para que los gozassen por iguales partes: de cuya sentencia suplicaron ambas partes, y se ofrecieron à probar: y en este estado se quedò.

11. Hasta que en el año passado de 711. la Doña Petronila de Ortega, como madre, tutora, y curadora de Don Francisco Joseph Lozano su hijo, y de Don Francisco Lozano su marido, en quien recayò la primogenitura por muerte del Don Miguel, saliò en esta Corte poniendo demanda à esta parte, pretendiendo se declarasse averse le transferido la possession de estos bienes por ministerio de la ley, como à nieto de linea primogenita de dicho Don Francisco hijo de la Testadora, por aver muerto el referido Don Miguel su tio.

Esta

12. Esta parte pretende se le deniegue à la contraria su pretension, y se declare pertenecerle à esta parte la possession, como à hijo de la dicha Doña Ana Lozano, à quien dicho Don Francisco su abuelo dexò por su testamento estos bienes, y sucessor de dicha Doña Inès; cuyo pleyto se halla visto para sentencia de vista.

13. Esto supuesto, dividirèmos este papel en dos partes: En la primera se probarà, que esta fundacion no es Mayorazgo, sino Fideicommisso temporal.

14. En el segundo se probarà, que el Don Francisco, primer posseedor de estos bienes, y à quien se dexò la mejora, pudo nombrar por sucessoras en estos bienes à las dichas Doña Ana, y Doña Inès sus hijas; y como sucessor, que es esta parte del derecho de aquellas, le pertenece la referida possession.

PARTE PRIMERA.

14. QVe este no sea Mayorazgo, sino vn Fideicommisso temporal, se prueba por diferentes medios: El primero es, atendiendo al modo con que los Fundadores fundan, y se entienden fundados los Mayorazgos, porque estos, ò se fundan expressa, ò tacitamente: Expressamente, quando el Testador, ò Institutor dixo, que hazia Mayorazgo; porque con sola esta palabra, aunque no haga otros llamamientos, queda fundado el Mayorazgo para todos sus hijos, descendientes, y transversales, vt docet Dom. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 3.*

num.

*num.*1. *& eodem lib. cap.*5. *in princip.* Dom. Castill.*lib.* 2. *Contr.cap.* 22. *à num.* 2. Dom. Vela *disert.* 49.*num.*38. Hermos. *in l.*44.*tit.* 5. *part.*5. *gloss.*5.*num.*15.& alij ab eis relati.

15. Esta calidad de fundacion no ay en nuestro caso, porque atendida toda la disposicion, no se halla en ella palabra: *Mayorazgo, ni Vinculo.* Con que no se puede dezir huvo clara, ò expressa voluntad de la Testadora de hazerlo asi, ni por este medio lo ay constituido.

16. Tacitamente se entiende, fundado el Mayorazgo por indicios, y conjecturas, que arguyan fue voluntad del Testador, el que lo fuesse, Dom. Molin. *de Primog. lib.*1.*cap.*5. *à num.*1. & ibi Add. Dom. Castill. *lib.*5. *Contr. cap.*93.*per omnes* §§. Dom. Valenz. *tom.*2.*cons.* 185. *à num.*7. Los quales refierén allì las conjecturas por donde se entienden fundados tacitamente, que son, si prohibiere la enagenacion, porque quiere permanezcan los bienes en su familia: si mandare, que se suceda *de primogenito in primogenitum*: si llamare à los varones con el gravamen de apellido, y armas: si mandare se suceda con preferencia del mayor al menor, y el varon à la hembra, y otras semejantes: ninguna de estas, ni de las demàs ay en nuestra clausula; con que *à sufficienti partium enumeratione*, procede el argumento, que ni expressa, ni tacitamente ay voluntad de la Fundadora, que tal Mayorazgo induzga.

17. Y la que algo se pudiera hazer juicio llegaba a nuestro caso, es la que refiere el Señor Molin. *dict.cap.*5.*num.*6.*&* 23. Dom. Cast.

Castill. *dict.cap.* 93. §.6.*num.*7. que es, quando el Fundador prohibiò la enagenacion de los bienes, dando por causal, que queria estuviessen perpetuamente en su familia: por dezir aqui la Fundadora, ibi: *Y con prohibicion absoluta de enagenacion en tiempo alguno de dicho Don Francisco, ni sus hijos, ni descendientes; porque mi voluntad es, permanezcan en ellos estas possessiones.*

18. Ni esta clausula la induce, ni conviene à la referida conjectura; porque la voluntad de la Testadora no es que permanezcan en la familia, sino entre los hijos, y descendientes de Don Francisco su hijo: cuya variedad, que entre las dos palabras: *Familia*, *ò hijos, y descendientes* ay, haze varia la disposicion; porque la palabra: *Familia*, en semejantes sustituciones, comprehende los hijos, y descendientes, y todos los parientes transversales, agnados, y cognados, vt probat text. in *l.fin. C. de Leg.* ibi: *Familia nomen, talem habere vigorem parentes, liberos, omnesque propinquos, &c.* Dom. Castill. *lib.*2 *cap.*22. *num.* 65. Dom. Vela. *disert.* 49. *num.*40. Dom. Valenz. *cons.*97. *num.* 91. Dom. Gregor. Lop. *in l.*6. *tit.* 33. *part.* 7. *gloss.*3. Add. ad Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *ad num.*40.

19. Pero la palabra: *Hijos, y descendientes*, solo comprehende à los que per veram generationem procedunt, no à los transversales, vt probat text. in *l. Liberorum.* 220. *ff. de Verbor. signif.* Dom. Valenç. *cons.* 185. *num.*29. Gutierr. *Practicar. lib.*3. *quæst.* 67. *num.*26. quando el Fundador se explica con la

palabra: Familia, es verdaderamente Mayorazgo, por comprehender à todos los descendientes, y transversales del Fundador *vsque in infinitum*; pero explicandose con la palabra: Hijos, solo comprehenderà la prohibicion de enagenacion à estos, y sus descendientes, y en el vltimo quedaran libres, sin que los pueda pedir el transversal, como del no hablò la substitucion.

20. Es asi que en nuestro caso no se explicò la Fundadora con la palabra: *Familia*, si solo con las palabras: *Hijos, y descendientes*: Luego bien se infiere no ser este Mayorazgo, ni venir à èl el indicio referido por el Señor Molin. y el Señor Castillo *sup.nu.* 17.

21. A este assumpto es buen lugar el del Señor Vela. *disert.* 49. *num.* 43. donde hablando de la essencia de los Mayorazgos, y diferencia de los Fideicommissos temporales, dize asi: *Vt autem fideicommissa perpetua intelligantur necessarium esse diximus dicto num.* 69. *illam eorum rationem exprimi, vt bona in familia perpetuo conserventur, nam alias si plures familiæ gradus nominati essent, ac dictum vt successivo ordine in eis perpetuo succederetur, hoc solum ad perpetuitatem inducendam, nisi alijs accedentibus conjecturis regulariter non sufficeret, sed post extinctos gradus designatos, bona libera remanerent. Add. ad Molin. lib.* 1. *cap.*4.*num.*30. *in princ.& postea*, ibi: *Quoties fideicommissum iniungitur certæ personæ eum tantum tenet, non cæteros successores.*

22. Angul. *de Meliorac. in l.* 11. *gloss.*1. *num.*5. ibi: *Vnde si post substitutos aliquos,*

quos, vel omnes descendentes non praecederet vltra, bona non transirent ad alios descendentes, vel transversales, sed vinculum finiretur in vltimo vocato, & in eo bona remanerent libera: Luego si aun quando està llamada à la sucession vna persona, y en su defecto por orden sucesivo otras, no es Mayorazgo, ni Fideicommisso perpetuo, vt ex relatis auctoritatibus patet, quando no mencionò la familia; con mayor razon podrèmos dezir, que tampoco lo es este, quando ni mencionò la familia, ni llamò por orden sucesivo.

23. Lo segundo se prueba, que no tuvo animo de fundar Mayorazgo, porque este es por su naturaleza perpetuo *vt est notum*, y aqui la testadora no quiso perpetuidad, *patet* de sus palabras, ibi: *Y con prohibicion absoluta de enagenacion en tiempo alguno de dicho D. Francisco, ni sus hijos, ni descendientes.* De forma que la prohibicion solo segun su contexto la entiende al tiempo de Don Francisco, sus hijos, y descentes: *ergo* acabados los hijos, y descendientes quedaran los bienes libres.

24. Pruebase esto: Pone la prohibicion, y luego la limita, *nempe en tiempo de Don Francisco, y sus hijos.* Esta palabra: *In*, es de su naturaleza demonstrativa, y restrictiva, vt docet August. Barbos. *tract. Var. in Dictionar. dict.* 152. *num.* 20. cum Menoch. & alijs. La palabra: *De*, de que vsa quando dize: En tiempo de Don Francisco, es tambien restrictiva, y taxativa; *lex Lucius. ff. de Aliment. leg. l. Quidam testam. ff. de Leg.* 1. Idem Barbos. eodem tract. *dict.* 77. *num.* 11.

Con

25. Con que aquella prohibicion de enagenacion, que parecia abſoluta, la reſtringiò luego *ad certum tempus*, que es el de Dō Franciſco, ſus hijos, y deſcendientes: Es aſsi que para que fuera Mayorazgo, avia de ſer la prohibicion abſoluta, no ſolo en tiempo de Don Franciſco, y ſus hijos, ſi tambien en los demàs tranſverſales, y parientes del Fundador: Luego que eſta miſma taſſacion de tiempo explicada en las palabras: *En*, y *De*, arguye no ſer eſtos bienes Mayorazgo, ſi ſolo vn Fideicommiſſo temporal.

26. Doctrina expreſſa de eſte diſcurſo es, la de los Señores Adentes ad Molin. *lib.* 1. *cap.*4. *num.*30. cum Surd. Peregr. Menoch. & alijs. ibi: *Vbi plurimis congeſtis reſpondit, quod quando teſtator verbis reſtrictivis vtitur, vel gravamen alicui nominatim imponit, non dicitur illud voluiſſe extendere de vna perſona ad aliam, quo caſu tandiù permanebit, quandiù permanſerint perſonæ, quarum contemplatione adjunctum eſt*. text. in *l. Pater filiæ. ff. de Servit. legat.* Con que aviendo vſado aqui la teſtadora de eſtas palabras reſtrictivas reduciendo la prohibicion de enagenacion al tiempo de Don Franciſco ſus hijos, y deſcendientes; es conſtante, que ſolo fue ſu animo fundar vn fideicomiſſo temporal entre eſtos, excluyendo formalmente à los demàs de ſu familia.

27. Diràſe contra eſto, que eſta fundacion tiene la palabra: *Perpetuamente, y para ſiempre jamàs*, ibi: *Aya, y lleve para ſi, ſus hijos, y deſcendientes perpetuamente, y para ſiempre jamàs, & inferius: porque mi voluntad*

es,

es, permanezcan en ellos estas possessiones de casas, y molinos perpetuamente. Y que estas palabras importan perpetuidad, sin predefinicion, ni limitacion de tiempo, vt probat text. in *l. Vssusfructus, 8. ff. de Vssufruct. leg. l. 2. C. de Divers. rescript. l. Purae. §. fin. ff. de Doli except.* Dom. Valenz. *cons.* 40. *num.* 15. Dom. Castill. *lib.* 5. *Controv.* §. 4. *num.* 2. De que se infiere, que la Testadora quiso fuesse la sucession de los bienes, y prohibicion de enagenacion en ellos perpetua sin predefinicion de tiempo; y por consiguiente es Mayorazgo, ò Fideicommisso perpetuo.

28. Facil es la solucion de este argumento, y ella creemos afiança mas nuestro discurso, atendiendo à que estas palabras: *Perpetuamente, y para siempre jamàs*; se entienden conforme en la disposicion, que estàn puestas: porque quando se ponen sin respecto à persona, ò linea, se entienden sin prefinicion de tiempo; pero quando se ponen con respecto à alguna persona, ò linea, *tunc*, se entiende la perpetuidad mientras durare aquella persona, ò linea à quien contraxo la disposicion la palabra: *Perpetuamente.*

29. De que es texto expresso la *l.* 1. *ff. Pro socio*, ibi: *Societas coiri potest in perpetuum, idest dum vivunt.* Donde la palabra: *Perpetuum* se entiende, mientras viven las personas à cuyo respecto se puso, y no passa el contrato à los herederos; explicat Dom. Vela. *disert.* 34. *num.* 98. ibi: *Vbi dictio perpetuum restringitur ad vitam eius, cui adjungitur. Cancer. Variar. resol. part.* 1. *cap.* 1. *num.* 278. ibi: *Quia*

dic-

dictiones omnes licet denotent perpetuitatem restringuntur, declarantur, & limitantur secundum clausulam in qua sunt positæ. Hermosill. *in l. 44. tit. 5. part. 5. gloss. 5. num. 18. in fin.* Azeved. *in l. 10. tit 1. lib. 6. Recopil. num. 1. & 2.* Gutierr. *de Iuram. part. 3. cap. 1. num. 10.*

30. Y en terminos mas rigorosos, que el de este caso lo decide Dom. Castill. *lib. 2. Controv. cap. 22. num. 61. ℣. Vides ergo.* ibi: *Nec sufficeret, quod testator in institutione dixerit se velle perpetuam maioriam facere, sive bona perpetuo alienare prohibuerit, ubi filios tantum, ac eorum descendentes ad successionem inbitavit, nec alias vocationes fecerit, quia intelligitur perpetuo, idest stantibus descendentibus, aut vocatis, & perpetuitas restringi debet ad eos dumtaxat.* Concludit Dom. Covarr. *lib. 3. Variar. cap. 5. num. 4. in princip.*

31. Luego llamando la Fundadora en nuestra clausula à los hijos, y descendientes de su hijo Don Francisco, previniendo, es su voluntad permanezcan en ellos estas possessiones perpetuamente, se deben entender estas palabras restringidas à los hijos, y descendientes de Don Francisco, como dixo el text. in dict. *l. 1. ff. Pro socio. Id est, dum vivunt.* Y como dixo el Señor Castill. *Id est, stantibus descendentibus, aut vocatis*; y fenecidos estos, quedan los bienes libres: Eficaz argumento de no ser este Mayorazgo, ni Fideicommisso perpetuo, *inter omnes de familia*, si solo temporal en los hijos de Don Francisco.

32. Lo tercero se prueba, que es Fideicommisso temporal, ex doctr. Dom. Castill. *lib.*

lib.2. Controv.cap.22. num.44. donde en terminos terminantes de nueſtro caſo, *nempè*, de mejora de tercio, y quinto hecha por el padre, ò madre à vno de ſus hijos, y à los hijos, y deſcendientes de eſte, con prohibicion perpetua de enagenacion; porque quiere que permanezcan los bienes entre ellos; reſuelve, que no es Mayorazgo, ſino vn Fideicommiſſo temporal. Tābien es buen lugar à eſte miſmo aſſumpto el de el miſmo Do. Caſtill. *tom.6. Controv.cap.* 143. *num.*41. donde aſſegura, que toda la vez que el Teſtador no expreſsò la palabra: Mayorazgo, y ſolo llamò algunas perſonas, ſivè ſea llamandolas *collectivè*, *ſivè ſucceſsivè*, no ſerà Mayorazgo, ni Fideicommiſſo perpetuo, ſino temporal, & refert Azeved. *conſ.* 18. *num.*4. vbi expreſſe id tenet.

33. Iterum Azeved. *in Rubric. tit. 7. lib.5. Recopil. num. 7.* vbi ſic loquitur. ibi: *Sed ſi mentio vinculi, vel maioratus non fieret, etiam ſi vocaretur filius maior, & in eius defectum alter filius eius maior nepos inſtitutoris, vt bona eſſent inalienabilia, non erit perpetua hæc inſtitutio, ſed durabit tantum vſque ad nepotem vocatum.* (De eſta reſolucion de Azevedo haze mucho aprecio el Señor Caſtill. *d. cap.* 22.) Luego ſiendo eſta ſolo vna mejora de tercio, y quinto, ſin expreſsion de Vinculo, ni Mayorazgo, y hecha la prohibicion de enagenacion al tiempo de Don Franciſco, y ſus hijos, ſolo durarà la prohibicion mientras huviere eſtos, y en el vltimo quedan los bienes libres, ſin que paſſen à los demàs deſcendientes de la Fundadora, ni tranſverſales, como que à eſtos ni los llamò, ni contemplò.

Lo

34. Lo quarto ſe prueba, que eſte no es Mayorazgo, ni Fideicommiſſo perpetuo, atendiendo el miſmo contexto de la clauſula: conſidera en ella la Fundadora dos tiempos. Vno, en que muere ella, quedando vivo ſu hijo Don Franciſco; y en eſte caſo dexa dada la diſpoſicion de que haſta aora hemos hablado. Cōſidera otro ſegundo tiempo, en que muere ſu hijo Don Franciſco, quedando ella viva; para en eſte ſegundo caſo dà tambien diſpoſicion à eſtos bienes, y dize aſsi, ibi: *Y ſi yo viviere mas que èl, les hago eſta manda, y mejora de tercio, y remaniente de quinto á ſus hijos, y de Doña Maria de Morales ſu muger, &c.*

35. De forma, que es nueſtro reparo, que en caſo de morir el Don Franciſco primero, no le haze la mejora al mayor de los hijos de eſte, ni à vno ſolo, ſino à todos collectivè, ibi: *A ſus hijos, y de Doña Maria de Morales ſu muger; y quiero, y es mi voluntad la ayan en los dichos mis bienes.* De que ſacamos verdadera, y real prueba, de que el animo de la Fundadora no fue de fundar Mayorazgo, ni Fideicommiſſo perpetuo.

36. Porque la mejora de tercio, y quinto, ò otra qualquier manda hecha à muchos collectivo modo, pertenece por iguales partes à todos, vt probat text. in *l. Qui quartam* 15. *§. Si quis vnam ſummam. & in l. Qui filiabus.* 17. *ff. de Legat.* 1. Tell. Fernand. *in l.* 29. *Taur. num.* 2. Es aſsi que la Teſtadora en caſo de morir primero ſu hijo Don Franciſco les hazia la mejora à todos collectivè; luego porque ſu animo no era fundar Mayorazgo, ni

Fi-

Fideicommiſſo perpetuo, pues ſi lo fuera, lo huviera dexado à vno, ya fuera el mayor, ò à otro qualquiera, mayormente teniendo tantos como tenia.

37. Vno de los indicios por donde ſe arguye, que el Teſtador quiſo fundar Mayorazgo es, quando entre ſus herederos, ò los de aquel à quien lo dexa, prohibe la diviſion de aquellos bienes, vt docet Dom. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 93. §.4. *num.* 7. Dom. Valenz. *tom.* 1. *conſ.*40. *à num.* 2. *vſque ad* 6. Y dàn la razon, porque no ay coſa mas conforme à la naturaleza del Mayorazgo, que es la vnion, è incorporacion de los bienes, y por conſiguiente no ay coſa mas contraria à la naturaleza de el Mayorazgo, que es la diviſion, y ſeparacion de los bienes, ibi: *Dom. Valenz. dict. conſ. num.* 5. *Ita diviſio, & ſeparatio bonorum contrariatur illius naturæ. l. Ne implures. ff. de Exercit. act. cap. Maioribus. de Præbend.*

38. Y eſta miſma razon haze infalible en eſte caſo nueſtro intento; porque ſi la diviſion, y ſeparacion repugna totalmente à la naturaleza del Mayorazgo, y es formal excluſivo del: aviendo aqui la Teſtadora legado eſtos bienes à muchos, en cuyo caſo ſe dividen por partes iguales, ellos, y ſus rentas; es conſequencia preciſſa, que el animo de la Fundadora no fue hazer Mayorazgo eſtos bienes, como que diò diſpoſicion, que repugna à la naturaleza de Mayorazgo, y ſolo hizo, como llevamos dicho, vn Fideicommiſſo temporal entre los hijos, y deſcendientes de ſu hijo Don Franciſco, y no otra coſa: ni ſe puede entender, qui-

ſo conſtituir en eſtos bienes mas gravamen, que el que acreditan ſus palabras, à cuyo fin parece ſe deben entender las que contiene ſu clauſula, ibi: *Y eſta manda la hago ſin otra calidad, ni cargo.*

39. De lo dicho ſe ſigue, que eſtos bienes no ſon Mayorazgo, ni Fideicommiſſo perpetuo, *in omnes de familia fundatricis*; y aſsi no ſe ha de regular eſta ſuceſsion por las reglas prevenidas en eſtos Reynos à los Mayorazgos, ſi ſolo por las de los Fideicommiſſos temporales, que eſtàn prevenidas por Derecho Comun, vt docet Dom. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 31. ibi: *Non ex hoc debet in eo fideicommiſſo iure primogenituræ ſuccedi.* Dom. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 143. *num.* 41. ibi: *Non ex hoc debet in eo fideicommiſſo iure primogenituræ ſuccedi.* Azeved. *conſ.* 18. *num.* 4. ibi: *Immo, & quantumvis teſtatrix hæc vellet, vt bona in ſua famillia perpetuo conſervarentur, in eiſque ſucceſsive, & gradatim eſſet ſuccedendum, non ex hoc debet in tali fideicommiſſo ſuccedi iure, & ordine primogenituræ.* Cum alijs citatis ab Add. ſup. Dom. Molin.

40. De forma, que conſtando, que la Teſtadora no quiſo fundar Mayorazgo, ſi ſolo vn Fideicomiſſo temporal para los hijos, y deſcendientes de dicho Don Franciſco ſu hijo; ſe ha de regular eſta ſuceſsion por las reglas dadas à los Fideicommiſſos temporales, y no por las prevenidas en eſtos Reynos à los Mayorazgos: y ſi por las prevenidas en eſtos Fideicommiſſos hallaremos, que el Don Franciſco, à quien ſe hizo la referida mejora, pudo hazer la

diſ-

disposicion, que hizo en nombrar en este Fideicommisso à Doña Ana, y Doña Inès sus hijas, excluyendo à los otros; hallarèmos tambien ser esta parte à quien pertenece esta sucession, como hijo, y sucessor de aquellas dos.

PARTE SEGUNDA.

41. DEsvanecida ya la pretension contraria en orden à que este no es Mayorazgo, resta fundar la nuestra probando, que el Don Francisco à quien la Testadora hizo la mejora, pudo teniendo, como tenia nueve hijos, nombrar por sucessoras en estos bienes à la Doña Ana, y Doña Inès, excluyendo por entonces à los demàs sus hijos, y entre ellos à su primogenito.

42. Para lo qual es de suponer, que entre otras ay de Derecho Comun dos diferencias de Fideicommissos, vnos en que solo suceden vno de la familia, y otros en que sucede no vno sino todos los de la familia, ò linea, que se hallan en igual grado. De los primeros hallò la *l. Vnum ex familia. 67. & omnes §§. eius.* Et ibi Gloss. *ff. de Leg. 2.* Estos son quando el Fundador dexa el Fideicommisso à vno, y le manda, que despues de sus dias nombre à otro de la familia, en cuyo caso solo sucede vno à quien el vltimo posseedor elige.

43. Y si el vltimo posseedor muere sin elegir, en tal caso suceden todos los de la familia, q̃ se hallan en igual grado. text. in dict. *l. Vnum ex famil. §. Rogo.* ibi: *Defuncto eo prius quam elegat, petent omnes, itaque eveniet vt*

quod

quod vni datum est, vivis pluribus vnus petere non possit, sed omnes petant, quod non omnibus datum est.

44. De los segundos hablò la *l. Peto.69. §. Fratre hærede. ff. de Leg. 2.* y otras: Estos son quando el Fundador dexa algunos bienes à alguno, porque quiere estèn en su casa, familia, ò descendientes, vt patet ex dict. text. ibi: *Seù in familia relinqueretur*: y en estos sucede no vno, sino todos los de la linea, que se halla en igual grado, ibi: *Omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerint*. text. in *l. 32. §. In fideicommisso. ff. de Leg. 2.* Dom. Vela *disert. 49. num. 42.* Dom. Mol. *de Primog. lib. 1. cap. 5. num. 31.* & ibi Add. donde se pone esta por diferencia de los Fideicommissos à los Mayorazgos.

45. Nuestro Fideicommisso, atendidas las clausulas de su fundacion, es de los de esta segunda calidad; pues lo dexa la Testadora, y prohibe la enagenacion de estos bienes, por la causal, de que quiere que se conserven entre los hijos, y descendientes de dicho Don Francisco, ibi: *Y con prohibicion absoluta de enagenacion en tiempo alguno de dicho Don Francisco, y sus hijos, y descendientes; porque mi voluntad es, permanezcan en ellos estas possessiones.* Con que segun la regla de estos Fideicommissos expressada en el numero antecedente, parece que todos los hijos de dicho Don Francisco debieron suceder en estos bienes por iguales partes; y por estas disposiciones discurrimos se governò la sentencia de vista en el pleyto antiguo, en que se mandò dar la possession de estos bienes à

to-

todos los hijos, que avian quedado de dicho Don Francisco por iguales partes.

46. Supuesto esto, dezimos aora, que por el mismo hecho de que fue este Fideicommisso de la calidad, que llevamos dicho, pudo dicho Don Francisco dexar à sus dos hijas estos bienes, excluyendo à los demàs; porque por Derecho: Si el Fideicommisso de esta calidad recae en vno, y este tenia muchos hijos, tenia, y tiene facultad de poder instituir, ò dexar el Fideicommisso à vno, ò dos de sus hijos, excluyendo totalmente à los otros, sin que tuviessen accion para pedir contra los que por disposicion del padre recibieron el Fideicommisso.

47. Es tan terminante el texto de esta facultad, que ni puede estar mas expresso, ni mas comprehensivo de nuestro caso. Este es, text. in *l. Filius familias* 114. §. *Cum pater. de Leg.* 1. donde và poniendo varias especies de la disposicion del padre, y dize asi: *Cum pater filio hærede instituto ex quo tres habuerat nepotes fideicommissit, ne fundum alienaret; & vt in familia relinqueret, & filius descendens duos, hæredes instituit, tertium exhæredavit, eum fundum extraneo legavit, Divi Severus, & Antonius rescripserunt verum esse non paruisse volun tate defuncti filium.*

48. En esta primera parte de este §. habla el texto adaptado à nuestra Fundadora, que dexa vn Fideicommisso à su hijo Don Francisco, de el qual tenia muchos nietos, y le dize lo mismo que alli el texto: *Ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret*; cuyas palabras equivalen à las de nuestra clausula, quan-

do dize la Fundadora, ibi : *Y con prohibicion absoluta de enagenacion en tiempo alguno de dicho Don Francisco, sus hijos, ni descendientes; porque mi voluntad es permanezcan en ellos estas possessiones.* Lo restante de este §. y el siguiente no es de nuestro caso; porque el Don Francisco no dexò los bienes de este Fideicommisso à estraño, que es lo que se menciona en dicha segunda parte, y §. siguiente; pero en los que se siguen son de nuestra especie.

49. Dize luego, ibi : *Sed si omnes filij hæredes instituti sunt ex disparibus partibus, non possunt petere fideicommissum ex minori parte scripti: vt viriles, non hæreditarias partes in eo habeant verum est. Nam in familia reliquisse, licet vni reliquisset. Item, si vnum hæredem instituisset, nec quidquam legasset exhæredati nihil interim quandiù in familia res est, petere possunt.*

50. Toda la especie de este texto se reduce, à que en los bienes que el padre que dexò vn Fideicommisso à su hijo, para que lo dexasse à sus hijos, y familia; puede este hijo legar, ò instituir en el Fideicommisso à vno, ò dos de sus hijos, excluyendo por entonces à los otros, de tal forma, que los exheredados de el Fideicommisso no pueden pedir nada del à los otros. ibi : *Exhæredati nihil interim quamdiù in familia res est, petere possunt.* Y esta misma especie, y resolucion pone con gran claridad en estos §§. *la Gloss. magn.* desde el §. *Cum pater.*

51. Y la razon de esta conclusion, y facultad, es clara, y colegida en nuestro caso, asi de la clausula de nuestra fundacion, como

de

de la ley. De la clauſula, ibi: *Porque mi voluntad es, permanezcan en ellos eſtas poſſeſsiones de caſas, y molinos*: y en eſtando eſtas en vno, ò dos de los hijos de Don Franciſco, ſe verifica la voluntad de la Teſtadora, de que permanecen en ellos eſtas poſſeſsiones de caſas, y molinos; ſin que ſea neceſſario las gozen todos los demas hijos, como lo dize el referido texto, ibi: *Nam in familia reliquiſſe, licet vni reliquiſſet.*

52. Al modo que quando eſtando muchas perſonas juntas, ſe oculta por vna de ellas alguna alhaja, que buſcandola, ſe dize con verdad, que eſtà entre las tales perſonas, no porque la tengan, pues baſta que la tenga vno, para que ſe diga con verdad, que eſtà entre ellos: Sic ſimiliter: Volũtad de la Fundadora, *que permanezcan en ellos eſtas poſſeſsiones*: teniendolas vno, ò dos, eſtà cumplida ſu voluntad; y aſsi no ſe puede dezir, que el Don Franciſco hizo diſpoſicion contraria à la mente, y voluntad de ſu madre, y por conſiguiente la contraria, ni los demas hermanos, pueden pedirle coſa alguna à aquellos à quien las dexò el padre, vt patet ex dict. text. ibi: *Exhæredati nihil interim, quandiù in familia res eſt, petere poſſunt.*

53. Y en terminos de nueſtro caſo, aun ſin conſiderar texto tan expreſſo, enſeñaron eſto miſmo Cancer. *Variar. reſol. part.* 1. *n.* 280. ibi: *Alienare ſiquidem prohibitus, vt bona ad deſcendentes perveniant, poteſt inter deſcendentes diſponere arbitrio ſuo.* Menoch. *conſ.* 277. *num.* 25. Peregr. *conſ.* 30. *num.* 23. *volum.* 3. y otros que citan eſtos.

54. Mier. *de Maiorat. par.* 4. *quæſt.*

1.*num.* 46. refiriendo diferencias entre Fideicommissos, y Mayorazgos dize, es vna, que en el Mayorazgo no puede el posseedor instituir, pues ha de quedar precissamente à su primogenito; pero en el Fideicommisso puede instituir, como sea el instituido de aquellos, que eran sucessores. Mantic. *de Conject.lib.* 6. *tit.* 14.*num.* 24.tratando la question, *vtrum* quando ay prohibicion de enagenacion; porque quiere el Testador, que los bienes permanezcan en la familia, se induzga Fideicommisso simple, ò absoluto, resuelve, se induce Fideicommisso simple, y absoluto, y concluye *dict.num.* 24. *in fin.* que el posseedor està obligado à dexar el Fideicommisso à vno de la familia à lo menos, ibi: *Quia voluit in familia remanere, inducatur fideicommissum, vt saltim quis teneatur vni ex familia relinquere*; de forma que no necessita dexarlo à todos, y puede dexarlo al que quisiere, como sea de los legitimos sucessores de la familia en que se ha de conservar.

55. Anton.Gom. *in l.*40.*Taur.nu.* 45. *in med.* tratando de estos Fideicommissos pregunta: *An prohibitus alienare extra familiam, vel certas personas posit extraneum instituere*: resuelve que no; de que se saca *à contrario sensu* (que es *in iure* el mas eficaz argumento, vt docet Dom. Vela. *disert.*40. *num.* 31. *&* *disert.*36.*num.*64.) Ergo à pariente de la familia, ò personas llamadas bien puede instituir.

56. De cuya resolucion inferimos, que tambien Ant. Gom. Mant. & Mier. sintieron, que el posseedor de tal Fideicommisso, podia

dia dexarlo à vno, ú dos de los llamados, excluyendo por entonces, à los demas; porque no se llama facultad de instituir, quando no vsa de libertad, y haze algo mas de lo que sucediera, si no tuviera tal facultad, vt probatur ex text. in *l. Vnum ex familia.67.ff.de Leg.* 1. ibi: *Ei qui elegit frustra testamento suo legat, quod postea quā electus est, petere potest*: y por esto el posseedor del Mayorazgo no puede instituir, porque lo ha de dexar precissamente al primogenito.

57. Estos fundamentos nos parece hazen evidente, que el Don Francisco pudo dexar estos bienes à sus dos hijas, como lo hizo, excluyendo por entonces à los demas: Todos los actos necessitan para su validacion de dos cosas, que son: voluntad, y potestad; y aviendo tenido aqui Don Francisco potestad (porque se la diò la ley) y voluntad (porque assi la expressò en su testamento) no se puede dudar fue valida su disposicion.

58. De lo dicho se siguen dos precissas consequencias: la primera, que esta parte es legitimo sucessor en todo este Fideicommisso; pues por muerte de Doña Ana, vna de las nombradas por dicho Don Francisco, sucediò como hijo, y heredero en su derecho, y mitad del Fdeicommisso, porque en estos se sucede *ad instar successionis ab intestato.* ex text. in *l. fin. C. de Verb. signif.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 9. num.* 11. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.6. num.* 194. cum Dom. Solorzan. Fussar. & alijs Cancer. *Variar. resol. part.* 1. *cap.* 1. *num.* con que como tal hijo, y heredero le toca aquella mitad.

59. En la otra mitad de Doña Inès, ſucede tambien; porque quando el Fideicommiſſo eſtà dexado à dos, y repudia, ò falta el vno, ſe acreſce ſu mitad al otro, por el derecho de acreſcer, vt docet Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar.* *cap.* 5. *num.* 19. & ibi Ayll. cum multis. iterum Gom. *dict. lib.* 1. *Variar. cap.* 10. *num.* 23. & melior, quam alibi, Ayll. *ad dict. num.* 23. principio, que haze en eſta parte indiſputable el derecho à todo el Fideicommiſſo.

60. La ſegunda conſequencia, que ſe ſaca de lo dicho en favor de eſta parte es, que ſe le debe mandar dar la poſſeſsion corporal de eſtos bienes, que tiene pedida, y ſobre que eſtà viſto el pleyto; porque en eſtos juicios poſſeſſorios (como lo es el intentado) ſobre Fideicommiſos, ò Mayorazgos, ſe deve dar la poſſeſſion al que mas conocido derecho tiene à la propriedad, vt probatur ex text. *in l. fin. C. de Ædict.* Divi Adrian. ibi: *Et ei poſſeſsio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura oſtenderit.* Dom. Valenz. *tom.* 1. *conſ.* 97. *à num.* 219. Dom. Vela. *diſert.* 48. *à num.* 55. cum Dom. Larr. Dom. Molin. & plurimis alijs. Con que teniendo eſta parte por las referidas cauſas tan juſto, y conocido derecho à eſte Fideicommiſſo, y bienes de que ſe compone, juzgamos ſe debe determinar à ſu favor, deſpreciando en el todo la pretenſion del Don Franciſco Joſeph, parte contraria; y aſsi lo eſpera eſta parte. Salva in omnibus V. D. C.

Lic. D. Joſeph Manuel de Roxas.

posset est minus gravatus nominando quem voluerit ex familia, ad libitu
sue voluntatis, secus enim esset si precise nominare teneretur unum, et tal
interpretatio debet sumi dispositionis testatoris, per quam heres et succ
minus gravetur.

Luego si aunq^do no ai puesta tal clausula es mas gravamen del suce
aber de nonbrar solo a uno, mas gravamen sera q^do quieren quitarle to
mente la facultad de nonbrar, y mas opuesto a la voluntad de la testado
q abiendo querido hacer a D Fran^co su hixo, la tal manda y donacion lib
otra carga ni gravamen quieren inponerle esta de q no tenga facultad de
nonbrar a alguno, y q aiga de ser solo sucesor el primogenito.

S D fernand

80
30
00
240
2400
1181
4181
3000
1181
0296
0565
0300
0565

21
7
147
054
201
067
028
296

36
18
54